Backgrounder

BP-194E

THE NOTWITHSTANDING CLAUSE: ITS HISTORY AND FUTURE

JEFFRY LAWRENCE
PHILIP ROSEN
LAW AND GOVERNMENT DIVISION

FEBRUARY 1989

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

90-01888/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultations in their own fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1989

Cat. No. YM32-2/194E
ISBN 0-660-13299-0

CE DOCUMENT EST AUSSI
PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

	Page
INTRODUCTION	1
CONTENT OF SECTION 33	1
ORIGINS OF SECTION 33	3
NOVEMBER 1981 FIRST MINISTERS' CONFERENCE	5
FRAMERS' INTENTIONS	6
THE DEBATE ON THE OVERRIDE: FURTHER CONSIDERATIONS AND ALTERNATIVES	12
CONCLUSION	16

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

THE NOTWITHSTANDING CLAUSE: ITS HISTORY AND FUTURE

INTRODUCTION

The constitutional notwithstanding clause set out in s. 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms has been controversial since its emergence from a November 1981 Federal-Provincial Conference of First Ministers. The divergence of views has not abated, but has become more pronounced since that time. The debate has become more vigorous and more pressing since the 15 December 1988 Supreme Court of Canada decisions in the Chaussures Brown's and Singer cases dealing with the signage provisions of Bill 101 Charter of the French Language) and the subsequent adoption by the Quebec National Assembly of Bill 1978 (An Act to Amend the Charter of the French Language) containing a s. 33 override clause (in this case overriding Charter of Rights guarantees of freedom of expression (s. 2(b)) and equality rights (s. 15)).

CONTENT OF SECTION 33

Section 33(1) of the Charter of Rights permits Parliament or a provincial legislature to adopt legislation to override s. 2 of the Charter (such fundamental rights as freedom of expression, freedom of conscience, freedom of association and freedom of assembly) and ss. 7-15 of the Charter (right to life, liberty and security of the person, freedom from unreasonable search and seizure, freedom from arbitrary arrest or

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

detention, a number of other legal rights, and the right to equality). Such a use of the notwithstanding power must be contained in an Act, and not subordinate legislation (regulations), and must be express rather than implied.

Under s. 33(2) of the Charter of Rights, the invocation of s. 33(1) by Parliament or a legislature causes the overriding legislation to have the effect of making the relevant Charter rights "not entrenched" for the purposes of that legislation. In effect, the doctrine of parliamentary sovereignty is revived for the purposes of the particular exercise of the override power in the specific legislative context. Section 33(3) provides that each exercise of the notwithstanding power has a lifespan of five years or less, after which it expires unless Parliament or the legislature re-enacts it under s. 33(4) for a further period of five years or less.

A number of rights entrenched in the Charter are not subject to the recourse to s. 33 by Parliament or a legislature. These are democratic rights (ss. 3-5 of the Charter), mobility rights (s. 6) language rights (ss. 16-22), minority language education rights (s. 23), and the guaranteed equality of men and women (s. 28). Also excluded from the s. 33 override are s. 24 (enforcement of the Charter), s. 27 (multicultural heritage), and s. 29 (denominational schools) - these provisions do not, strictly speaking, guarantee rights.

All rights and freedoms set out in the Charter are guaranteed and subject to reasonable limitations under the terms of s. 1. This has the effect, in combination with s. 32 of the Charter (making it binding on Parliament and the legislatures) and s. 52 of the Constitution Act, 1982 (making the constitution, of which the Charter is a part, the supreme law of Canada), of entrenching the rights and freedoms set out in the Charter. The effect of s. 33, and especially of s. 33(2), is to pierce the wall of constitutional entrenchment and resurrect, in particular circumstances, the sovereignty of Parliament or a legislature. Consequently, the Charter is a unique combination of rights and freedoms, some of which are fully entrenched, others of which are entrenched unless overridden by Parliament or a legislature.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ORIGINS OF SECTION 33

The establishment of a legislative override in a constitutional context appears to be a uniquely Canadian development. There appears to be no equivalent in either international human rights documents or western democratic human rights declarations.(1) A number of Canadian legislative precedents undoubtedly provided the backdrop against which s. 33 was developed in 1981. There are notwithstanding provisions contained in the Canadian Bill of Rights,(2) the Saskatchewan Human Rights Code,(3) the Alberta Bill of Rights(4) and the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms.(5) Each of these provisions says that the Bill of Rights, Code or Charter is to have primacy over conflicting legislation unless that legislation provides explicitly that it overrides the human rights provisions.

It is difficult to determine when the idea of a constitutional notwithstanding provision was first proposed during the 1980-82 constitutional patriation process. The recollections of both participants in and observers of this process differ on this issue. Hence, the origins of s. 33 can only be described in general terms.(6)

It is highly probable that the participants in the 1980-82 federal-provincial negotiations were familiar with the legislative human rights notwithstanding provisions then in existence at both the federal and

---

(1) Dale Gibson, The Law of the Charter: General Principles, Carswell, Toronto, 1986, p. 125.

(2) R.S.C. 1985, Appendix III, s. 2.

(3) C.S.S., c. S-24.1, s. 44.

(4) R.S.A. 1980, c. A-16, s. 2.

(5) R.S.Q., c. C-12, s. 52.

(6) The balance of this part of the paper is drawn from: Philip Rosen, "The Section 33 Notwithstanding Provision of the Charter of Rights", Research Branch, Library of Parliament, 21 August 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

provincial levels. It appears that the idea for a notwithstanding provision was first proposed by Saskatchewan during the Summer of 1980 as part of the deliberations of the Federal-Provincial Continuing Committee of Ministers Responsible for Constitutional Affairs (C.C.M.C.). It was seen as a compromise between those for and those against an entrenched Charter of Rights. The differences in view at that time were too wide to be breached by this proposed compromise.(7)

The idea of a notwithstanding clause next surfaced during the Federal-Provincial meeting of First Ministers in the period 8-13 September 1980 in Ottawa. On 11-12 September 1980, the Government of Quebec circulated a document entitled "A Proposal for a Common Stand of the Provinces" to the other provinces. This discussion paper attempted to find common positions on a number of issues. In relation to the Charter of Rights, the proposal was to entrench fundamental and democratic rights, and to make legal and non-discrimination rights subject to a notwithstanding provision. Ultimately, this discussion paper came to be known as the "Chateau consensus" but it was never really agreed to by all the provinces - eventually, even Quebec backed away from it.(8)

Once the September 1980 Federal-Provincial Conference of First Ministers broke down, activity continued in the parliamentary, judicial and diplomatic arenas. Finally, on 28 September 1981, the Supreme Court of Canada rendered its decisions on three constitutional reference cases that had come to it from the Courts of Appeal of Manitoba, Newfoundland and Quebec. The Supreme Court of Canada concluded that the Federal government had the strict legal right to engage in unilateral constitutional patriation but that, based on convention, it needed some degree of provincial support - less than unanimity but more than two provinces - to proceed.

---

(7) Roy Romanow, John White and Howard Leeson, Canada ... Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982, Carswell/Methuen, Toronto, 1984, p. 45.

(8) Robert Sheppard and Michael Valpy, The National Deal: The Fight for a Canadian Constitution, Fleet Books, Toronto, 1982, pp. 60-62.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Consequently, throughout October 1981, a number of meetings took place among federal and provincial officials and Ministers. These meetings were in preparation for a Federal-Provincial Conference of First Ministers to be held between 2 and 5 November 1981. One measure proposed at different times and in different forms by Alberta, British Columbia and Saskatchewan was the possibility of a notwithstanding provision.

NOVEMBER 1981 FIRST MINISTERS CONFERENCE

The Conference seemed to be at a stalemate on the afternoon of 4 November 1981 when the Federal Minister of Justice Jean Chrétien, and the Attorneys General of Ontario and Saskatchewan, Roy McMurtry and Roy Romanow, worked out a possible compromise. The text of the agreement ultimately worked out by officials, without Quebec's participation, included, among other elements, entrenchment of a Charter of Rights with a notwithstanding provision applicable to fundamental freedoms, legal rights and equality rights. Once the draft agreement had been prepared overnight 4-5 November 1981, it was submitted to the Ministers and First Ministers. Jean Chrétien said his government had not agreed that fundamental freedoms could be overridden - just legal and equality rights. Ultimately, Prime Minister Trudeau was convinced to agree to the extension of the notwithstanding provision to fundamental freedoms only on condition that the provision as a whole be subject to a five-year sunset and re-enactment clause. Consequently, in public session on 5 November 1981, all governments, except that of Quebec, signed the constitutional accord containing the notwithstanding provision.(9)

---

(9) For a more detailed recounting of these events, see: Romanow et al. (1984), pp. 197-215; Sheppard and Valpy (1982), pp. 263-302; and Edward McWhinney, Canada and the Constitution 1979-82: Patriation and the Charter of Rights, University of Toronto Press, Toronto, 1982, pp. 90-101. For the personal memoirs of participants in these events see: R. Roy McMurtry, "The Search for a Constitutional Accord - A Personal Memoir", (1982) 8 Queen's Law Journal 28; and Roy Romanow, "Reworking the Miracle: The Constitutional Accord 1981", (1982) 8 Queen's Law Journal 74.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

All was not finished, however, since s. 33, in its form at that time, would not only have allowed for an override of s. 15 equality rights, but also of s. 28 which guaranteed the equality of men and women. As a result of a massive pressure campaign organized by feminist and human rights groups across Canada, both federal and provincial governments agreed to withdraw any reference to s. 28 from s. 33.(10)

FRAMERS' INTENTIONS

As indicated earlier in this paper, the injection of the s. 33 notwithstanding clause into the Charter of Rights in 1981 aroused great controversy at the time which has not abated to this day. The acceptance (reluctant in some cases) of the notwithstanding clause by the participants in the November 1981 First Ministers Conference (except for Quebec), allowed the impasse to be broken and the Charter of Rights, among other constitutional changes, to become reality.

Because of the controversy surrounding the adoption of s. 33, many participants in the First Ministers Conference, parliamentarians and commentators, have indicated how they believed the notwithstanding provision would be used.

Several participants in the November 1981 First Ministers Conference made statements on the day the constitutional agreement was reached and made public. Richard Hatfield, then Premier of New Brunswick, said:

> I am concerned about the fact that there are provisions for opting out in important areas. I want to give you an undertaking that I will do everything possible to urge the Legislature of New Brunswick not to use that opportunity, consistent with my firm view that if we

---

(10) Penney Kome, The Taking of Twenty-Eight: Women Challenge the Constitution, The Women's Press, Toronto, 1983, pp. 83-85; and Chaviva Hosek, "Women and the Constitutional Process", in Keith Banting and Richard Simeon (eds.), And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act, Methuen, Toronto, 1983, pp. 280-300.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> are going to have rights, they must be shared by all Canadians, regardless of where they live.(11)

G.W.J. Mercier, Attorney General of Manitoba at the time, stated that:

> ...the rights of Canadians will be protected, not only by the constitution but more importantly by a continuation of the basic political right our people have always enjoyed - the right to use the authority of Parliament and the elected Legislatures to identify, define, protect, enhance and extend the rights and freedoms Canadians enjoy.(12)

Allan Blakeney, then Premier of Saskatchewan, indicated in the following words how he believed the notwithstanding clause would be used by Parliament and the legislatures:

> It contains a Charter of Rights which protects the interests of individual Canadians, yet in several vital areas allows Parliament and Legislatures to override a court decision which might affect the basic social institutions of a province or region and this is fully consistent with the sort of argument we have put forward that we need to balance the protection of rights with the existence of our institutions which have served us so well for so many centuries.(13)

These public statements by participants illustrate the tension inherent in the diversity of views in the debate over the entrenchment of rights and the possibility of their being overridden.

Shortly after the First Ministers Conference, Pierre Trudeau, then Prime Minister of Canada, indicated that the Charter of Rights was not as good as it could have been and expressed his less than enthusiastic acceptance of the notwithstanding clause when he said:

> I must be honest and say that I don't fear the notwithstanding clause very much. It can be abused as anything can, but the history of the Canadian Bill of Rights Diefenbaker had adopted in 1960, it has a

---

(11) Canadian Inter-Governmental Conference Secretariat, Federal-Provincial Conference of First Ministers on the Constitution, Verbatim Transcript, 5 November 1981, p. 114.

(12) Ibid., p. 115.

(13) Ibid., p. 125.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> notwithstanding clause and it hasn't caused any great scandal (sic). So I don't think the notwithstanding clause deters very significantly from the excellence of the Charter.(14)

He went on to say later in the same interview:

> ...it is a way that the legislatures, federal and provincial, have of ensuring that the last word is held by the elected representatives of the people rather than by the courts.(15)

Roy McMurtry, who participated in the First Ministers Conference as Attorney General of Ontario, had the following to say in a memoir:

> The fact is that the clause does provide a form of balancing mechanism between the legislators and the courts in the unlikely event of a decision of the courts that is clearly contrary to the public interest. On the other hand, political accountability is the best safeguard against any improper use of the "override clause" by any parliament in the future.(16)

Other participants in the 1981 First Ministers Conference have indicated their views about the possible recourse to the notwithstanding clause. Thomas S. Axworthy has said:

> ...the non-obstante clause will not be employed lightly; the 1960 Federal Bill of Rights had a similar override provision and it was only employed once in two decades (in 1970 with the Public Order Temporary Measures Act), and the provinces have shown a similar disinclination to use the over-ride provisions contained in their provincial human rights legislation.(17)

---

(14) Transcript of an Interview with the Prime Minister by Jack Webster, on CHAN-TV Vancouver, 24 November 1981, p. 5.

(15) Ibid., p. 6.

(16) McMurtry (1982), p. 65.

(17) Thomas S. Axworthy, "Colliding Visions: The Debate Over the Charter of Rights and Freedoms 1980-81", in Weiler and Elliot (eds.), Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Carswell, Toronto, 1986, p. 24.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

James Matkin, who, as an official with the British Columbia government, played a key role in developing the 1981 constitutional compromise, later indicated that the provinces proposing the notwithstanding clause made the following argument:

> ...we argued that such a provision would rarely be invoked. As La Forest concludes, the political unpopularity of making declarations contrary to the Charter will militate against its use.(18)

The manner in which it was expected the notwithstanding clause would be used were most concisely stated by Jean Chrétien, then Minister of Justice, when he said:

> What the Premiers and Prime Minister agreed to is a safety valve which is unlikely ever to be used except in non-controversial circumstances by Parliament or legislatures to override certain sections of the Charter. The purpose of an override clause is to provide the flexibility that is required to ensure that legislatures rather than judges have the final say on important matters of public policy.
>
> ....
>
> It is important to remember that the concept of an override clause is not new in Canada. Experience has demonstrated that such a clause is rarely used and when used it is usually not controversial.
>
> ....
>
> It is because of the history of the use of the override clause and because of the need for a safety valve to correct absurd situations without going through the difficulty of obtaining constitutional amendments that three leading civil libertarians have welcomed its inclusion in the Charter of Rights and Freedoms.(19)

---

(18) James S. Matkin, "The Negotiation of the Charter of Rights: The Provincial Perspective", in Weiler and Elliot (eds.), ibid., note 17, p. 41.

(19) Canada, House of Commons, Debates, 20 November 1981, pp. 13042-13043. The three civil libertarians cited by Mr. Chrétien are Alan Borovoy, Gordon Fairweather and Walter Tarnopolsky, based on articles in the Montreal Gazette of 7 November 1981 and the Globe and Mail of 9 November 1981.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

A number of other commentators also subsequently indicated how they expected Parliament and the legislatures to use s. 33. Gerard V. La Forest, then of the New Brunswick Court of Appeal and now of the Supreme Court of Canada, made the following comment in 1983:

> My guess is that this provision will rarely be used. The political unpopularity of making declarations contrary to the Charter will militate against this. That certainly has been the experience with the Canadian Bill of Rights and with Quebec's Charter of Rights and Freedoms. I am aware, of course, of Quebec's general attempt not to be bound by the Charter, but this was done in the context of a transcendent political situation that is not in its essence centred on questions of human rights.(20)

Peter Hogg has said:

> Presumably, the exercise of the power would normally attract such political opposition that it would rarely be invoked,....
>
> ....
>
> ...the necessity of re-enactment every five years will force periodic reconsideration of each exercise of the over-ride power, at intervals which (in some jurisdictions at least) will often yield a change of government. This reinforces the already powerful political safeguards against an ill-considered use of the power.(21)

And finally, Paul C. Weiler had this to say about the not-withstanding clause:

> Since the Canadian polity had shown itself sufficiently enamoured of fundamental rights to enshrine them in its Constitution, invocation of the non obstante clause was guaranteed to produce a great deal of political flak. No government can risk taking such a step unless it is certain that there is widespread support for its position....
> ...Canadian judges are given the initial authority to determine whether a particular law is a "reasonable

---

(20) Gerard V. La Forest, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview", (1983) 61 Canadian Bar Review 19 at p. 26.

(21) Peter Hogg, "A Comparison of the Bill of Rights and the Charter", in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary, Carswell, Toronto, 1982, p. 11.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> limit [of a right] ... demonstrably justified in a free and democratic society". Almost all of the time, the judicial view will prevail. However, Canadian legislatures were given the final say on those rare occasions where they disagree with the courts with sufficient conviction to take the political risk of challenging the symbolic force of the very popular Charter. That arrangement is justified if one believes, as I do, that on those exceptional occasions when the court has struck down a law as contravening the Charter and Parliament re-enacts it, confident of general public support for this action, it is more likely the legislators are right on the merits than were the judges.(22)

These comments by participants in the 1981 First Ministers Conference, parliamentarians and various commentators on the use to which s. 33 was expected to be put, share a number of common elements. They saw s. 33 as a safety valve to be used on only rare occasions. They expected that it would be used in relation to non-controversial issues, whatever that may mean. They anticipated that s. 33 would be used to preserve basic social and political institutions. In their view, resort to s. 33 would enbable legislatures to overcome unacceptable judicial determinations where there was popular support for doing so.

Experience so far has shown at least three situations where s. 33 was used in a way not foreseen by those participating in the 1981 First Ministers Conference or by commentators. They did not foresee the omnibus, routine invocation of s. 33 as was done by the Quebec National Assembly between 1982 and 1985. They did not foresee the preventive use of s. 33 as was done by Saskatchewan in relation to back-to-work legislation.(23)

---

(22) Paul C. Weiler, "The Evolution of the Charter: A View from the Outside", in Weiler and Elliot, op. cit., note 17, p. 57.

(23) Saskatchewan Government Employees Union Dispute Settlement Act, S.S. 1984-6, c. 111. For a discussion of this legislation and related issues see: Donna Greschner and Ken Norman, "The Courts and Section 33", (1987) 12 Queen's Law Journal 155.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Finally, they did not foresee the situation where a government said it was in agreement with a court ruling, passed a legislative measure which it said was consistent with the spirit of the court ruling (although this might be debatable) and for greater certainty, and to avoid litigation on the measure, included a s. 33 override clause. This is arguably what may be said, in general terms, to have happened when the Quebec National Assembly adopted Bill 178 following the 15 December 1988 Supreme Court of Canada decisions in the Chaussures Brown's and Singer cases.

THE DEBATE ON THE OVERRIDE: FURTHER CONSIDERATIONS AND ALTERNATIVES

We have seen how the override has been defended as a legislative safety valve, permitting a balancing of interests or an avoidance of an unforeseen court decision which strikes down legislation for which general support exists and which represents an incidental infringement of rights. Although in light of section 1 of the Charter, the reasonable limitations clause, a decision of this type may seem unlikely, it is not impossible. Allan Blakeney provided the example of the Saskatchewan Human Rights Code which prohibits discrimination on the basis of various grounds including age and sex but exempts accommodation within a self-contained, owner-occupied dwelling unit. Surely, he argued, a person ought to be able to choose the age group and gender of another with whom he or she proposed to share a dwelling. Yet section 1 alone, in Blakeney's view, could not guarantee that this right of choice would be protected. The presence of a safety valve would also give legislatures a way of avoiding the necessity of having to alter at prohibitive expense legislation which was found to offend the Charter. Such alteration, it has been speculated, could be mandated by judicial decisions in such areas as mandatory retirement and social benefit programs which are selective as to eligibility to receive the benefit in question.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

It can be argued as well that a legislative override, by allowing final political decisions to be made by the elected representatives will mitigate the politicization of the courts. One has only to look at the example of the United States where the courts interpret and apply a constitution which has no equivalent to section 33. In that sense, judicial decisions about the Constitution have a greater finality and the stakes are correspondingly higher in the outcome of constitutional litigation. There is hence a significant political element in the selection of judges, particularly at the Supreme Court level. This political element has been openly acknowledged; indeed, the President's power to nominate the judges of federal courts has meant that the composition of those courts is quite regularly an issue in presidential election campaigns. A President may have the opportunity to name ideologically compatible judges who will continue to exercise a great deal of power long after the President has left office. The majority of the present membership of the Supreme Court of the United States, for example, has served on that bench for at least 15 years. President Richard Nixon had the opportunity to select four justices (and would have had the chance to select a fifth if he had served out his second term) while President Jimmy Carter selected none.

In contrast, in Canada, there has been little evidence that judges are selected according to how they would rule in various cases. If the Charter did not contain a notwithstanding clause and the courts were the final arbiters of social values, it seems safe to speculate that this situation would be vulnerable to change.

Nonetheless, the existence of the override still offends some constitutionalists, who see in it a profound flaw in the entrenchment of rights. In their view, it is precisely because the override will most often be used when legislative initiatives are taken to suppress unpopular rights that it should not exist. The presence of the reasonable limitations clause, in this argument, is sufficient to guarantee against highly literal judicial readings of the rights and freedoms, with subsequent and undesirable consequences. In other words, the courts themselves, relying on section 1, already possess the tools to carry out the balancing of

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

interests and values. The notion that the balancing must be done by the legislators is without merit and even suspect, according to the proponents of this argument.

Some alternatives to the present clause can be contemplated. One would be to shorten the maximum period during which an override would remain in effect, thus necessitating its more frequent renewal. Whether this would deter governments from using it is open to question; if public opinion favours the enactment of legislation which derogates from a freedom or right guaranteed by the Charter, it is not at all certain that more frequent renewal will incite politically significant opposition to its use.

Another possibility would be to limit the number of times the clause could be renewed. This would permit its use in situations where time was required to allow adjustment to the effects of a judicial decision striking down legislation. However, obviously this argument would be inapplicable where the subject of the legislation was such that adjustment would not be possible. An example would be the matter of abortion. If we suppose that the courts ruled that no legislation restricting access to abortions would be constitutionally permissible, it is evident that nothing could be done over a given period of years to adjust to certain inalterable facts if it were desired to enact such legislation. Once the period during which the override could be used had expired, the situation would revert to the status quo at the time restrictive legislation was declared unconstitutional. It could be argued that in such cases, the proper course would be for the government concerned to seek a constitutional amendment to permit effective legislation to be put in place. According to this argument, the constitution should be an accurate reflection of societal values and not a document which can be circumvented when it is interpreted not to express those values. A counter argument would likely be that the override is simply a convenient, expeditious way to avoid having to resort to the amendment procedure. This argument would presumably state that the integrity of the constitution would be undermined if legislators became accustomed to amending it whenever its provisions threatened legislation. It would be preferable in this view that the constitution remain intact,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

but that, where necessary, legislatures be permitted to pass laws which derogated from its provisions. Otherwise, the constitution would cease to be a clear, concise expression of basic values and would increasingly be littered with exemptions and exceptions. Furthermore, it might be difficult to devise amendments which would permit a given law to survive in the face of conflict with the terms of the constitution without curbing those terms further than intended. In this argument, a constitution is a broad statement of a society's values which at its best can inspire and inform the citizenry, not a lengthy list of "cans" and "cannots" for governments.

Another method to curb the use of the override has been proposed by McGill University law professor Stephen Scott.(25) He suggests that the federal government use its disallowance power to block provincial legislation which attempted to circumvent Charter guarantees by the use of section 33 and that it undertake not to resort to the notwithstanding clause itself. While there is no reason to believe that such a move would be legally ineffective, there is every reason to believe that it would be politically explosive. One can imagine the reaction, for example, of political and public opinion in Quebec if the federal government disallowed legislation to promote the French language. Disallowance has not been resorted to since 1943 and its use in the manner proposed by Scott would surely inflame tensions between the federal government and the provinces.

Another restriction that could be placed on the override would be to reduce the Charter rights and freedoms to which it could be applied. As already noted, initially the override was to be available in cases of conflict with legal or equality rights but not fundamental freedoms. If this were presently the scope of section 33, the use of the override would not render the Quebec legislation respecting commercial signs effectively beyond legal challenge, as such a challenge would be principally based on the fundamental freedom of expression. Of course, it

---

(25) "Entrenchment by Executive Action: A Partial Solution to Legislative Override" in Supreme Court Law Review 1982, Butterworths, 1983.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

could still be found that the legislation in question did not offend freedom of expression or that if it did, it was a reasonable limitation on that freedom.

Other methods could include a requirement that a simple majority of members of a legislature or Parliament voting on legislation containing an override would not be sufficient; instead a two-thirds or other proportion greater than the simple majority would be required. The notwithstanding clause could be amended to provide that the official oppositions in Parliament or the legislatures be required in some manner to signify assent to its use. Legislation containing the override could be made subject to ratification by referendum. In order to avoid absurd consequences in cases of legislation intended to apply for a short time (such as laws ending labour disputes), the referendum requirement might be designed to be triggered only in the event that the legislation remained in effect after a defined period, for example, of two or three years. All of these latter suggestions are intended to limit the use of the override to situations where support for its use is broader than simply that of the government of the day which might command a legislative majority but lack any specific electoral mandate to enact the legislation in question.

CONCLUSION

In the Chaussures Brown's case, the Supreme Court ruled that all that was required to effectively invoke section 33 was that the conditions as to form be respected. In other words, the legislation or portions of legislation sought to be shielded from Charter challenges must be clearly identified as well as the sections of the Charter which are not to be applied. The courts will not look to the reasonableness of the use of the notwithstanding clause or the extent to which the protected legislation infringes Charter rights. Thus, the debate is removed from the judicial sphere and the question of the use of the override remains a political one.

Étude générale

BP-194F

LA CLAUSE DÉROGATOIRE: SON HISTOIRE ET SON AVENIR

JEFF LAWRENCE
PHILIP ROSEN
DIVISION DU DROIT ET DU GOUVERNEMENT

FÉVRIER 1989

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1989

N° de cat YM32-2/194F
ISBN 0-660-92699-7

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION..... 1

LA TENEUR DE L'ARTICLE 33..... 1

LES ORIGINES DE L'ARTICLE 33..... 3

LA CONFÉRENCE DES PREMIERS MINISTRES DE NOVEMBRE 1981..... 5

LES INTENTIONS DES AUTEURS DE LA CHARTE..... 6

LE DÉBAT SUR LA CLAUSE DÉROGATOIRE:
AUTRES CONSIDÉRATIONS ET SOLUTIONS..... 13

CONCLUSION..... 17

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA CLAUSE DÉROGATOIRE: SON HISTOIRE ET SON AVENIR

INTRODUCTION

La clause dérogatoire (ou "clause nonobstant") prévue à l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés a soulevé la controverse depuis qu'elle est venue sur le tapis lors de la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres tenue en novembre 1981. Depuis ce temps, les divergences d'opinions, loin de s'estomper, n'ont fait que s'accentuer. Le débat s'est ravivé de plus belle depuis que, le 15 décembre 1988, la Cour suprême du Canada a rendu ses décisions dans les affaires Chaussure Brown's et Singer relativement aux dispositions sur la langue d'affichage de la loi 101 (Charte de la langue française), et depuis l'adoption par l'Assemblée nationale du Québec de la loi 178 (Loi modifiant la Charte de la langue française), qui renferme une disposition la soustrayant du champ d'application de l'alinéa 2b) (liberté d'expression) et de l'article 15 (droits à l'égalité) de la Charte des droits.

LA TENEUR DE L'ARTICLE 33

Le paragraphe 33(1) de la Charte canadienne des droits et libertés permet au Parlement ou à une législature provinciale d'adopter une loi dérogeant à l'article 2 de la Charte (qui concerne des droits fondamentaux comme les libertés d'expression, de conscience, d'association et de réunion pacifique) et à ses articles 7 à 15 (qui traitent du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, du droit à la protection

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, du droit à la protection contre l'arrestation ou la détention arbitraires, d'un certain nombre d'autres garanties juridiques et du droit à l'égalité). La dérogation doit être prévue dans la loi et non dans un texte législatif secondaire comme un règlement d'application, et elle doit être expresse et non implicite.

Aux termes du paragraphe 33(2) de la Charte canadienne des droits et libertés, le Parlement ou une législature provinciale, en invoquant le paragraphe 33(1), fait que les droits visés figurant dans la Charte ne sont pas garantis aux fins de la loi en cause. En réalité, le principe de la suprématie parlementaire refait surface pour qu'il soit possible d'exercer ce pouvoir de dérogation dans le contexte législatif visé. Le paragraphe 33(3) prévoit que la clause dérogatoire peut être invoquée pour une période d'au plus cinq ans, après quoi elle cesse d'avoir effet à moins que le Parlement ou la législature provinciale l'adopte à nouveau en vertu du paragraphe 33(4), pour une durée de cinq ans ou moins.

Le Parlement et les législatures provinciales ne peuvent toutefois enfreindre bon nombre des droits énoncés dans la Charte en invoquant l'article 33. Ces droits sont les suivants: les droits démocratiques (art. 3 à 5), la liberté de circulation et d'établissement (art. 6), les droits linguistiques (art. 16 à 22), les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (art. 23) et l'égalité des droits entre les deux sexes (art. 28). Sont également exclus du champ d'application de l'article 33 les articles 24 (recours en cas d'atteinte aux droits), 27 (maintien du patrimoine culturel) et 29 (écoles confessionnelles), car ces dispositions ne garantissent, à proprement parler, aucun droit.

Par ailleurs, l'article 1er garantit tous les droits énoncés dans la Charte sous réserve de limites raisonnables. Cette disposition, combinée à l'article 32 de la Charte (qui y assujettit le Parlement et les assemblées législatives) et à l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 (qui fait de la Constitution, dont la Charte fait partie, la loi suprême du Canada), consacre les droits et libertés contenus dans la Charte. L'article 33 de la Charte, et plus particulièrement le paragraphe 33(2), passe outre à la primauté de la Constitution pour, dans certains cas

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

particuliers, redonner l'autorité suprême au Parlement ou à une assemblée législative. On peut donc constater que la Charte constitue un ensemble unique de droits et de libertés dont certains sont absolus alors que d'autres sont garantis à moins qu'ils fassent l'objet d'une dérogation par le Parlement ou la législature d'une province.

LES ORIGINES DE L'ARTICLE 33

L'insertion d'une clause dérogatoire dans un texte constitutionnel semble être particulière au Canada et n'a apparemment pas d'équivalent dans aucun instrument international visant à protéger les droits de la personne ni dans aucune déclaration sur les droits de la personne faite par une démocratie occidentale(1). Il ne fait aucun doute que l'article 33 a été élaboré, en 1981, à partir d'un certain nombre de précédents législatifs. Des dispositions dérogatoires se retrouvent, en effet, dans la Déclaration canadienne des droits(2), le Saskatchewan Human Rights Code(3), l'Alberta Bill of Rights(4) et la Charte des droits et libertés de la personne du Québec(5). Chacun de ces textes précise que la Déclaration, le Code ou la Charte a priorité sur toute loi incompatible à moins qu'on ne déclare expressément dans cette loi qu'elle l'emporte sur les dispositions relatives aux droits de la personne.

Il est difficile de déterminer à quel moment précis du processus de rapatriement de la Constitution (de 1980 à 1982) l'idée d'inclure une clause dérogatoire dans la Constitution a été avancée. En effet, les différents acteurs et observateurs de cette période ne s'entendent pas

---

(1) Dale Gibson, The Law of the Charter: General Principles, Toronto, Carswell, 1986, p. 125.

(2) L.R.C. (1985), appendice III, art. 2.

(3) C.S.S., c. S-24.1, art. 44.

(4) R.S.A. 1980, c. A-16, art. 2.

(5) L.R.Q. 1977, c. C-12, art. 52.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

à ce sujet. Les origines de l'article 33 ne peuvent donc être retracées que dans leurs grandes lignes(6).

Il est fort probable que les participants aux négociations fédérales-provinciales qui se sont déroulées de 1980 à 1982 étaient bien au fait des dispositions dérogatoires aux droits de la personne qui existaient alors au niveau fédéral et provincial. Il semble que c'est la Saskatchewan qui a lancé, à l'été 1980, l'idée d'une clause dérogatoire, dans le cadre des délibérations du Comité fédéral-provincial permanent des ministres responsables des affaires constitutionnelles. Cette clause était vue comme un compromis entre les partisans et les adversaires de l'inclusion d'une charte des droits dans la Constitution. Cependant, les deux camps avaient alors des divergences de vues trop marquées pour que le compromis proposé suffise à les rapprocher(7).

L'idée d'une clause dérogatoire a refait surface au cours de la réunion fédérale-provinciale des premiers ministres qui s'est tenue du 8 au 13 septembre 1980, à Ottawa. Les 11 et 12 septembre, le gouvernement du Québec a distribué aux représentants des autres provinces un document de travail intitulé "Proposition de position commune des provinces", qui tentait de trouver des points communs aux positions de chacune des provinces sur un certain nombre de questions. Pour ce qui est d'une charte des droits, il proposait de protéger les droits fondamentaux et démocratiques et d'assujettir à une clause dérogatoire les garanties juridiques et les droits anti-discrimination. Cette proposition, qu'on en est venu à appeler "consensus du Château", n'a pourtant jamais vraiment fait l'unanimité auprès des provinces et, finalement, même le Québec l'a abandonnée(8).

---

(6) La suite de cette partie du présent document est tirée de: Philip Rosen, La clause dérogatoire contenue à l'article 33 de la Charte des droits, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, 21 août 1987.

(7) Roy Romanow, John White et Howard Leeson, Canada ... Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982, Toronto, Carswell/Methuen, 1984, p. 45.

(8) Robert Sheppard et Michael Valpy, The National Deal: The Fight for a Canadian Constitution, Toronto, Fleet Books, 1981, p. 60-62.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Après l'échec de la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres de septembre 1980, le débat s'est poursuivi dans les arènes parlementaire, judiciaire et diplomatique. Enfin, le 28 septembre 1981, la Cour suprême du Canada a rendu ses décisions dans trois renvois constitutionnels qui lui avaient été soumis par les cours d'appel du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec. Elle a alors conclu que, strictement parlant, le gouvernement fédéral avait le droit de rapatrier unilatéralement la Constitution, mais que, par convention, il devait pour ce faire obtenir un certain appui des provinces; sans être unanime, cet appui devait lui venir de plus de deux provinces.

En conséquence, les responsables et les ministres fédéraux et provinciaux se sont rencontrés à maintes reprises pendant le mois d'octobre 1981, pour préparer la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres qui devait se tenir du 2 au 5 novembre 1981. L'Alberta, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan ont alors proposé, à différentes occasions et sous diverses formes, qu'on envisage la possibilité d'une clause dérogatoire.

LA CONFÉRENCE DES PREMIERS MINISTRES DE NOVEMBRE 1981

L'après-midi du 4 novembre, la Conférence semblait dans une impasse lorsque le ministre fédéral de la Justice, Jean Chrétien, et les procureurs généraux de l'Ontario et de la Saskatchewan, Roy McMurtry et Roy Romanow, ont proposé un compromis. Le texte de l'entente finalement conclue par les participants, sans l'accord du Québec, prévoyait entre autres l'incorporation dans la Constitution d'une charte des droits comportant une clause dérogatoire applicable aux libertés fondamentales, aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité. Ébauché dans la nuit du 4 au 5 novembre 1981, le texte de l'entente a été soumis aux ministres et aux premiers ministres. Selon Jean Chrétien, son gouvernement n'était pas d'accord initialement avec l'idée de passer outre aux libertés fondamentales -- seulement aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité. Le premier ministre Trudeau a finalement accepté de revenir sur cette

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

position, à condition toutefois que la disposition dans son ensemble soit assujettie à une mesure de réexamen et de réadoption après cinq ans. Par la suite, au cours de la séance publique du 5 novembre 1981, tous les gouvernements, à l'exception de celui du Québec, ont signé l'accord constitutionnel renfermant la disposition dérogatoire(9).

L'histoire n'allait cependant pas se terminer là, puisque l'article 33, tel qu'il était alors formulé, aurait permis de passer outre non seulement à l'article 15 sur les droits à l'égalité, mais aussi à l'article 28 garantissant l'égalité entre les hommes et les femmes. À la suite d'une campagne de pression massive organisée dans l'ensemble du pays par des groupes féministes et par des organismes de défense des droits de la personne, le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces ont convenu de supprimer de la clause dérogatoire tout renvoi à l'article 28(10).

LES INTENTIONS DES AUTEURS DE LA CHARTE

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'insertion en 1981 de la clause dérogatoire à l'article 33 de la Charte des droits a suscité une vive controverse qui ne s'est pas encore apaisée. En acceptant la clause dérogatoire, à contrecoeur dans certains cas, les participants à la Conférence des premiers ministres de novembre 1981 (à l'exception du Québec)

---

(9) Pour un compte rendu plus détaillé de ces événements, voir: Romanow et al. (1984), p. 197-215; Sheppard et Valpy (1982), p. 263-302; et Edward McWhinney, Canada and the Constitution 1979-82: Patriation and the Charter of Rights, Toronto, University of Toronto Press, 1982, p. 90-101. Pour avoir le point de vue personnel des participants à ces événements, voir: R. Roy McMurtry, "The Search for a Constitutional Accord - A Personal Memoir", (1982) 8 Queen's Law Journal 28; et Roy Romanow, "Reworking the Miracle: The Constitutional Accord 1981", (1982) 8 Queen's Law Journal 74.

(10) Penney Kome, The Taking of Twenty-Eight: Women Challenge the Constitution, Toronto, The Women's Press, 1983, p. 83-85; et Chaviva Hosek, "Women and the Constitutional Process", Keith Banting et Richard Simeon (éd.), And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act, Toronto, Methuen, 1983, p. 280-300.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sont venus à bout de l'impasse, faisant en sorte que la Charte des droits, entre autres changements constitutionnels, devienne réalité.

En raison de la controverse entourant l'adoption de l'article 33, beaucoup de participants à la Conférence des premiers ministres, de parlementaires et de commentateurs ont indiqué comment, d'après eux, serait utilisée la clause dérogatoire.

Plusieurs participants à la Conférence des premiers ministres de novembre 1981 ont fait des déclarations le jour même où l'accord constitutionnel a été conclu et rendu public. Richard Hatfield, alors premier ministre du Nouveau-Brunswick, s'est exprimé en ces termes:

> Je m'inquiète que des dispositions permettent de se soustraire à la Charte dans des domaines importants. Je tiens à vous promettre que je ferai tout ce qui est en mon pouvoir pour inciter l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick à ne pas profiter de telles dispositions, étant donné que je suis convaincu que tous les Canadiens, où qu'ils résident, doivent jouir des mêmes droits(11).

G.W.J. Mercier, à l'époque procureur général du Manitoba, a déclaré ce qui suit:

> Les droits des Canadiens seront protégés, non seulement par la Constitution mais, plus encore, par la continuité du droit politique fondamental dont notre peuple a toujours joui: le droit d'avoir recours à l'autorité du Parlement et des assemblées législatives élues pour déterminer, définir, protéger, améliorer et étendre les droits et libertés dont jouissent les Canadiens(12).

Allan Blakeney, alors premier ministre de la Saskatchewan, a indiqué comment, selon lui, le Parlement et les assemblées législatives feraient usage de la clause dérogatoire:

> La Charte des droits protège les intérêts des Canadiens et pourtant, dans plusieurs domaines essentiels, le Parlement et les assemblées législatives peuvent

---

(11) Secrétariat des Conférences intergouvernementales canadiennes, Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres sur la Constitution, compte rendu textuel, 5 novembre 1981, p. 114.

(12) Ibid., p. 115.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> déroger à la décision d'un tribunal qui porterait atteinte aux institutions sociales fondamentales d'une province ou d'une région. Cela correspond parfaitement à l'argument que nous avons avancé selon lequel il est nécessaire de parvenir à un équilibre entre la protection des droits et l'existence de nos institutions, qui nous servent si bien depuis de nombreux siècles(13).

Ces déclarations publiques de participants à la Conférence illustrent bien les tensions qui se sont fait jour au moment du débat sur la constitutionnalisation des droits et sur la possibilité d'y déroger.

Peu après la Conférence des premiers ministres, Pierre Trudeau, alors Premier ministre du Canada, a déclaré que la Charte des droits n'était pas aussi parfaite qu'elle aurait pu l'être et a exprimé son peu d'enthousiasme à accepter la clause dérogatoire en déclarant:

> Je dois avouer franchement que je ne crains pas vraiment la clause dérogatoire. On peut en abuser comme de toute chose, mais il suffit de se reporter à la Déclaration canadienne des droits adoptée par Diefenbaker en 1960; elle comporte une clause dérogatoire qui n'a pas fait grand scandale. Je ne crois donc pas que la clause dérogatoire nuise beaucoup à la Charte(14).

Il a ensuite poursuivi en disant:

> C'est un moyen pour les assemblées législatives fédérale et provinciales de garantir que ce sont les représentants élus du peuple plutôt que les tribunaux qui ont le dernier mot(15).

Roy McMurtry, qui a participé à la Conférence des premiers ministres à titre de procureur général de l'Ontario, a écrit ce qui suit dans ses souvenirs de cette époque:

> Le fait est que, dans le cas fort peu probable où les tribunaux rendraient une décision de toute évidence contraire à l'intérêt public, cette clause permettrait de rétablir l'équilibre entre les législateurs et les

---

(13) Ibid., p. 125.

(14) Transcription d'une entrevue du Premier ministre par Jack Webster, CHAN-TV Vancouver, 24 novembre 1981, p. 5.

(15) Ibid., p. 6.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> tribunaux. Par contre, la responsabilité politique est la meilleure garantie contre tout mauvais usage de la clause dérogatoire par tout parlement dans l'avenir(16).

D'autres participants à la Conférence des premiers ministres de 1981 ont donné leur opinion sur le recours éventuel à la clause dérogatoire. Thomas S. Axworthy a ainsi déclaré:

> Ce n'est pas à la légère que l'on aura recours à la clause dérogatoire; la Déclaration canadienne des droits de 1960 comportait une clause dérogatoire semblable qui n'a été invoquée qu'une seule fois en dix ans (en 1970, avec la Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)), et les provinces ont aussi montré peu d'empressement à faire usage des clauses dérogatoires que contiennent les lois provinciales sur les droits de la personne(17).

James Matkin, à l'époque haut fonctionnaire du gouvernement de la Colombie-Britannique, a joué un rôle essentiel dans l'élaboration du compromis constitutionnel de 1981. Il a indiqué par la suite que les provinces qui proposaient la clause dérogatoire avaient avancé l'argument suivant:

> Nous avons fait valoir qu'une telle clause serait rarement invoquée. Comme le conclut La Forest, faire des déclarations contraires à l'esprit de la Charte serait tellement impopulaire que pourrait dissuader quiconque d'avoir recours à cette clause(18).

Jean Chrétien, alors ministre de la Justice, a parfaitement résumé tous ces avis relatifs à la façon dont on aurait recours à la clause dérogatoire, lorsqu'il s'est exprimé en ces termes:

---

(16) McMurtry (1982), p. 65.

(17) Thomas S. Axworthy, "Colliding Visions: The Debate Over the Charter of Rights and Freedoms 1980-1981", Joseph M. Weiler et Robin M. Elliot (éd.), Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Carswell, 1986, p. 24.

(18) James S. Matkin, "The Negotiation of the Charter of Rights: The Provincial Perspective", Weiler et Elliot (1986), p. 41.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> Le premier ministre et les premiers ministres provinciaux se sont entendus sur une soupape de sûreté qui ne sera probablement jamais utilisée, sauf dans les circonstances non controversées où le Parlement et les assemblées législatives pourront déroger à certains articles de la Charte. La clause dérogatoire a pour but d'assurer suffisamment de souplesse pour que les assemblées législatives, plutôt que les juges, aient le dernier mot en ce qui a trait aux grandes questions d'intérêt public.
>
> [...]
>
> Il est important de se rappeler que la notion de clause dérogatoire n'est pas nouvelle au Canada. L'expérience a démontré qu'on a rarement eu recours à cette clause. De plus, lorsqu'on y avait recours, elle n'était habituellement pas contestée.
>
> [...]
>
> L'histoire du recours à la clause dérogatoire et le besoin de donner une soupape de sûreté pour corriger les situations absurdes sans devoir obtenir des modifications à la Constitution a amené trois défenseurs des libertés civiles à favoriser l'insertion de la clause dérogatoire dans la Charte des droits et libertés(19).

Plusieurs commentateurs ont par la suite indiqué comment, à leur avis, le Parlement et les assemblées législatives auraient recours à l'article 33. Gérard V. La Forest, alors juge à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et aujourd'hui juge à la Cour suprême du Canada, a fait, en 1983, les observations ci-dessous:

> À mon avis, cette disposition sera rarement invoquée, parce qu'il est, politiquement parlant, très peu populaire de faire des déclarations à l'encontre de la Charte. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit au sujet de la Déclaration canadienne des droits et de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. Je

---

(19) Canada, Chambre des communes, Débats, 20 novembre 1981, p. 13042-13043. Les trois défenseurs des libertés civiles cités par M. Chrétien sont Alan Borovoy, Gordon Fairweather et Walter Tarnopolsky, d'après des articles dans The Gazette (Montréal) du 7 novembre 1981 et dans le Globe and Mail (Toronto) du 9 novembre 1981.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sais bien que le Québec a tenté de soustraire toutes ses lois à la Charte, mais cela s'est fait dans le contexte d'une situation politique transcendante qui ne porte pas fondamentalement sur des questions de droits de la personne(20).

Peter Hogg a, quant à lui, déclaré:

Étant donné l'opposition politique que soulèverait sans doute l'exercice de ce pouvoir, on peut s'attendre à ce qu'il soit très rarement invoqué.

[...]

Cette nécessité d'une ré-adoption tous les cinq ans entraînera nécessairement un examen périodique de la dérogation à des moments où (dans certains cas au moins) le gouvernement aura pu changer. Cette disposition renforce les garanties politiques contre l'abus de ce pouvoir, garanties qui sont déjà fortes(21).

Enfin, voici des observations de Paul C. Weiler:

C'est parce qu'il tenait suffisamment aux droits fondamentaux que le gouvernement canadien les a garantis dans la Constitution. Par conséquent, tout recours à la clause dérogatoire ne manquerait pas de susciter de nombreuses critiques politiques. Aucun gouvernement ne peut se permettre de prendre un tel risque à moins qu'il ne soit assuré de jouir d'un appui généralisé.

C'est aux juges canadiens de décider initialement si telle ou telle loi restreint un droit "dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". L'avis des juges l'emportera presque immanquablement. Ce sont toutefois les assemblées législatives qui ont le dernier mot lorsque, ce qui se produit rarement, elles sont en désaccord avec les tribunaux et sont si convaincues de leur bon droit qu'elles prennent le risque politique de contester la force symbolique de la très populaire Charte. Ce mode d'action se justifie si l'on croit, comme moi, que dans les rares occasions où le tribunal déclare qu'une loi

---

(20) Gerard V. La Forest, "The Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Overview", 61 Canadian Bar Review 19, 1983, p. 26.

(21) Peter Hogg, "La Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits: comparaison", Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky (éd.), Charte canadienne des droits et libertés, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, p. 13-14.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> contrevient à la Charte et où le Parlement, sûr de l'appui général du public, l'adopte de nouveau, il est fort probable que les législateurs ont, sur le fond de la question, davantage raison que les juges(22).

Toutes ces observations sur le recours à l'article 33 qu'ont faites les participants à la Conférence des premiers ministres de 1981, des parlementaires ainsi que divers commentateurs ont plusieurs points en commun. Tous voyaient dans la clause dérogatoire une soupape de sûreté à n'utiliser qu'en de rares occasions. Ils s'attendaient à ce que l'on y ait recours seulement pour des questions non controversées, quel que soit le sens qui s'attache à cette expression. Ils indiquaient que l'article 33 ne serait invoqué que pour préserver les institutions sociales et politiques fondamentales. Enfin, ils espéraient que les assemblées législatives n'auraient recours à l'article 33 qu'avec l'appui général de l'opinion publique et pour venir à bout d'impasses créées par des décisions judiciaires inacceptables.

On a relevé jusqu'ici trois cas de recours à l'article 33 qui n'avaient été prévus ni par les participants à la Conférence des premiers ministres de 1981 ni par les commentateurs. Ils n'avaient pas prévu l'usage systématique et de portée générale que l'Assemblée nationale du Québec a fait de la clause dérogatoire entre 1982 et 1985. Ils n'avaient pas prévu le recours préemptif à cette clause par la Saskatchewan, qui avait adopté une loi sur le retour au travail et qui craignait de perdre un procès lié à une autre loi dans le domaine du travail, ce qui aurait pu avoir des répercussions sur la première(23). Enfin, ils n'avaient pas prévu le cas d'un gouvernement qui, ayant déclaré accepter une décision judiciaire, adopte une loi conforme, selon lui, à l'esprit de cette décision (bien que cela soit discutable) et qui, pour plus de certitude et pour soustraire cette loi à toute contestation judiciaire, y inclut

---

(22) Paul C. Weiler, "The Evolution of the Charter: A View from the Outside", Weiler et Elliot (1986), p. 57.

(23) Saskatchewan Government Employees Union Dispute Settlement Act, S.S. 1984-6, c. 111. Pour une étude de cette loi et des questions connexes, voir: Donna Greschner et Ken Norman, "The Courts and Section 33", (1987) 12 Queen's Law Journal 155.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

une clause dérogatoire aux termes de l'article 33. On peut soutenir qu'en général, c'est ce qui s'est produit lorsque l'Assemblée nationale du Québec a adopté le projet de loi 178 à la suite des arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires Chaussure Brown's et Singer.

LE DÉBAT SUR LA CLAUSE DÉROGATOIRE: AUTRES CONSIDÉRATIONS ET SOLUTIONS

Nous avons vu comment les partisans de la clause dérogatoire soutiennent qu'elle constitue une soupape de sûreté sur le plan législatif, car elle permet de concilier des intérêts divergents ou d'éviter une décision inattendue d'un tribunal qui déclarerait inconstitutionnelle une loi ayant la faveur de la majorité de citoyens bien qu'elle restreigne accessoirement l'exercice des droits de la personne. Même si, selon l'article 1er de la Charte (qui prévoit des limites raisonnables), une telle décision semble improbable, elle n'est cependant pas impossible. M. Allan Blakeney a donné l'exemple du Saskatchewan Human Rights Code qui interdit la discrimination fondée sur des motifs divers comme l'âge et le sexe, mais qui soustrait à son application tout locataire vivant dans un logement indépendant occupé par son propriétaire. Selon lui, on devrait sûrement avoir le droit de choisir le groupe d'âge et le sexe de la personne avec qui on se propose de cohabiter, mais l'article 1er, à lui seul, ne peut garantir l'exercice de ce droit. L'existence d'une soupape de sûreté éviterait aussi au législateur l'obligation extrêmement coûteuse de modifier des lois jugées contraires à la Charte, qui pourrait découler de décisions judiciaires dans des domaines comme ceux de la retraite obligatoire et des avantages sociaux, où les lois prévoient des critères sélectifs d'admissibilité aux prestations.

On peut dire en outre qu'en laissant aux élus du peuple le soin de prendre les décisions politiques finales, la clause dérogatoire freine la politisation des tribunaux. Aux États-Unis, au contraire, les juges interprètent et appliquent une Constitution qui ne renferme aucune clause semblable à l'article 33 de la Charte; le caractère définitif de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

leurs décisions s'en trouve accru et les enjeux des litiges constitutionnels sont donc plus importants. Il s'ensuit que la nomination des juges, ceux de la Cour suprême en particulier, repose sur des critères largement politiques. On le reconnaît d'ailleurs ouvertement, et le pouvoir du président de nommer les juges des cours fédérales a fait de la composition de ces tribunaux une question qui revient régulièrement sur le tapis pendant les campagnes électorales présidentielles. Un président peut ainsi avoir l'occasion de nommer un grand nombre de juges partageant son idéologie, qui exerceront une puissante influence longtemps après qu'il aura quitté la présidence. Par exemple, la majorité des juges de l'actuelle Cour suprême des États-Unis y siègent depuis au moins 15 ans. Le président Nixon a nommé quatre juges à cette cour (et aurait pu en nommer un cinquième s'il avait terminé son second mandat), alors que le président Carter n'en a nommé aucun.

Au Canada, par contre, on ne peut pas dire que les juges soient choisis en fonction des décisions qu'ils prendraient dans diverses affaires. Toutefois, si la Charte ne comportait pas de clause dérogatoire et si les tribunaux étaient les arbitres ultimes des conflits mettant en cause les valeurs sociales, on peut croire que cette situation pourrait changer.

Néanmoins, l'existence de la clause dérogatoire choque toujours certains constitutionnalistes, qui y voient une sérieuse faille dans la protection des droits. Ils estiment que cette clause ne devrait pas exister précisément parce qu'on y recourra le plus souvent lorsque des lois voudront supprimer des droits impopulaires. Selon eux, l'article 1er, qui prévoit des limites raisonnables, suffit à garantir que les juges n'appliqueront pas trop à la lettre les dispositions de la Charte, évitant ainsi les conséquences indésirables qui pourraient s'ensuivre. En d'autres termes, les tribunaux possèdent déjà, en vertu de l'article 1er, les moyens voulus pour concilier les valeurs et les intérêts divergents. À leur avis, l'idée que ce soit le législateur qui joue le rôle d'arbitre ultime est irrecevable, voire dangereuse.

On peut cependant envisager des solutions de rechange à la clause actuelle. L'une d'elles consisterait à raccourcir la période

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

pendant laquelle la clause dérogatoire demeurerait en vigueur: il faudrait ainsi la reconduire plus souvent. On ne sait pas si cette obligation dissuaderait les gouvernements de recourir à la clause; si l'opinion publique appuie l'adoption de lois qui dérogent à certains droits et libertés garantis par la Charte, il n'est pas du tout certain que l'obligation de reconduire la clause plus fréquemment suscitera une opposition politique sérieuse à son utilisation.

Une autre possibilité consisterait à limiter le nombre de reconductions de la clause. On pourrait alors l'invoquer pour prendre le temps de s'adapter aux conséquences d'une décision judiciaire invalidant une loi. Toutefois, cet argument ne tiendrait évidemment pas si, de par sa teneur, la loi ne se prêtait pas à l'adaptation. Prenons pour exemple l'avortement. Si les tribunaux jugeaient que toute loi restreignant l'accès à l'avortement est inconstitutionnelle, le gouvernement pourrait toujours adopter une loi en ce sens invoquant la clause dérogatoire, mais il est évident qu'il ne pourrait rien changer à la décision des tribunaux; une fois écoulée la période de validité de la clause dérogatoire, on reviendrait au statu quo, c'est-à-dire au point où la loi restrictive a été déclarée inconstitutionnelle. On pourrait avancer qu'en pareil cas, le gouvernement en cause devrait proposer une modification constitutionnelle pour permettre l'adoption d'une loi appropriée. Selon cet argument, la Constitution doit refléter les valeurs de la société et non pas être un document que l'on peut contourner lorsqu'on estime qu'il n'exprime pas ces valeurs. On pourrait soutenir, au contraire, que la clause dérogatoire est simplement un moyen pratique et rapide d'éviter le processus de modification de la Constitution. Selon cet argument, l'intégrité de la Constitution serait ébranlée si les législateurs prenaient l'habitude de la modifier chaque fois que ses dispositions risquent d'invalider une loi. Il serait préférable que la Constitution reste intacte, mais que, en cas de besoin, les assemblées législatives puissent adopter des lois qui y dérogent. Autrement, la Constitution cesserait d'être l'expression claire et concise des valeurs fondamentales et serait de plus en plus truffée d'exemptions et d'exceptions. En outre, il pourrait être difficile de concevoir des modifications qui permettraient à une loi donnée de survivre

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

bien qu'elle contrevienne aux dispositions de la Constitution, sans que ces dispositions en soient touchées plus que prévu. D'après cet argument, une constitution est un énoncé général des valeurs d'une société qui, à tout le mieux, peut inspirer et informer les citoyens, sans pour autant énoncer en détail ce que les gouvernements peuvent ou ne peuvent pas faire.

M. Stephen Scott, professeur de droit à l'Université McGill, a proposé une autre façon de limiter le recours à la clause dérogatoire(24). Il suggère que le gouvernement fédéral, d'une part, use de son droit de désaveu pour faire obstacle à toute loi provinciale visant à contourner les garanties de la Charte en ayant recours à l'article 33 et, d'autre part, prenne lui-même l'engagement de ne pas invoquer la clause dérogatoire. Bien qu'il n'y ait aucune raison de penser qu'un tel procédé serait légalement inefficace, tout porte à croire qu'il serait politiquement explosif. On peut imaginer, par exemple, quelle serait la réaction de l'opinion politique et publique au Québec si le gouvernement fédéral annulait une loi visant à promouvoir le français. Le gouvernement n'a pas exercé son droit de désaveu depuis 1943, et la proposition de M. Scott ne manquerait pas d'attiser les tensions entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Il serait également possible de restreindre le pouvoir de dérogation en limitant les droits et libertés qui pourraient y être assujettis. Comme nous l'avons déjà indiqué, à l'origine, la clause dérogatoire ne devait pouvoir être invoquée que pour passer outre aux garanties juridiques ou aux droits à l'égalité, mais non aux libertés fondamentales. Si telle était actuellement la portée de l'article 33, le recours à la clause dérogatoire ne soustrairait pas les dispositions sur la langue d'affichage adoptées par le gouvernement du Québec à toute contestation judiciaire, car une telle contestation reposerait principalement sur l'exercice d'une liberté fondamentale, soit la liberté d'expression. Évidemment, les tribunaux pourraient toujours conclure que la loi québécoise n'entrave pas la liberté d'expression ou que, dans le cas contraire, elle le fait dans des limites raisonnables.

---

(24) "Entrenchment by Executive Action: A Partial Solution to Legislative Override", Supreme Court Law Review 1982, Butterworths, 1983.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

D'autres moyens permettraient aussi de restreindre le pouvoir de dérogation. On pourrait exiger que le Parlement ou une assemblée législative ne puisse adopter une loi invoquant la clause dérogatoire qu'à la majorité des deux tiers ou dans une proportion supérieure à la majorité simple. On pourrait modifier la clause dérogatoire en exigeant que l'opposition officielle, au Parlement ou dans les assemblées législatives, manifeste d'une façon ou d'une autre son acquiescement à toute dérogation. On pourrait aussi assujettir à un référendum toute loi renfermant une dérogation; pour éviter les conséquences absurdes de cette solution lorsque la loi en cause a une durée très limitée (comme les lois mettant fin à des conflits de travail), on pourrait faire en sorte que le référendum ait lieu uniquement si la loi en cause demeurait en vigueur au-delà d'une période déterminée (deux ou trois ans par exemple). Toutes ces solutions visent à limiter le recours à la clause dérogatoire aux cas où son il jouit d'un appui plus étendu que celui du gouvernement en place, car celui-ci peut disposer d'une majorité législative sans avoir reçu pour autant le mandat précis d'adopter la loi en cause.

CONCLUSION

La Cour suprême a conclu, dans l'affaire Chaussure Brown's, qu'il suffisait de respecter les conditions de forme pour invoquer l'article 33. Autrement dit, la loi ou les dispositions législatives qu'on désire soustraire à toute contestation juridique en vertu de la Charte doivent être clairement précisées, tout comme les articles de la Charte qui ne s'appliqueront plus. Les tribunaux ne se prononceront pas sur le bien-fondé du recours à la clause dérogatoire et ne chercheront pas à déterminer à quel point la loi protégée porte atteinte aux droits énoncés dans la Charte. Le débat ne se situe donc plus au niveau juridique, et le recours au pouvoir de dérogation demeure une question politique.